



Mémoire sur FATCA/FBAR, destiné aux élus du Parlement suisse

27 septembre 2013

Laurent Franceschetti
Consultant expert
SettleNext

Jamais notre futur n'a été aussi imprévisible, jamais nous n'avons autant dépendu de forces politiques dont on ne peut pas attendre qu'elles suivent les règles du bon sens et de l'auto-préservation – des forces qui nous apparaissent comme de la folie pure, si on les juge par les critères des siècles passés. C'est comme si l'humanité s'était divisée entre ceux qui croient en la toute-puissance de l'homme (...), et ceux pour qui l'impuissance est devenue l'expérience principale de leur vie.

Hannah Arendt, *Les Origines du Totalitarisme* (Préface)

Table des matières

PREAMBULE	4
GLOSSAIRE : TERMES ET ABREVIATIONS	5
1. QUI EST CONCERNE PAR FATCA ?	8
1.1. QU'EST-CE QUE FATCA ?	8
1.2. DEFINITION D'UNE « US PERSON »	8
1.3. PARLER DE « SWISS PERSONS », PLUTOT QUE « US PERSONS »	8
1.4. COMBIEN DE « US-RELATED PERSONS » EN SUISSE ?	9
1.5. DE NOMBREUX SUISSES DEVRAIENT COMBATTRE LA « PRESOMPTION D'AMERICANITE »	9
1.6. LA SITUATION DES SUISSES EXPATRIES AUX ETATS-UNIS N'EST PAS ENVIABLE	11
1.7. LE DEPARTEMENT DU TRESOR AMERICAIN AGIT SANS MANDAT DU CONGRES DES ETATS-UNIS	11
1.8. CONCLUSIONS SUR LA LOI FATCA	12
2. FBAR : DES CITOYENS ORDINAIRES VISES PAR LA REPRESSION CONTRE LA GRANDE CRIMINALITE	13
2.1. INTRODUCTION	13
2.2. GENESE DE FBAR	13
2.3. QUI EST CONCERNE PAR FBAR ?	13
2.4. LE « REVEIL » DE FBAR	14
2.5. FBAR ET LE CONFLIT FISCAL AVEC LA SUISSE	14
2.6. PENALITES DE FBAR	15
2.7. FBAR PUNIT UN DELIT DE BLANCHIMENT.	15
2.8. CONSEQUENCES POUR LES PERSONNES CONCERNEES	16
2.9. RISQUES POUR LES DEUXIEME ET TROISIEME PILIERS ?	17
2.10. L'ARRANGEMENT DU CONSEIL FEDERAL NE LIBERERA PAS LES « US / SWISS PERSONS » DE L'EFFET DE FBAR	17
2.11. ABOLIR FBAR ?	18
2.12. CONCLUSIONS SUR FBAR	18
3. LES PROGRAMMES D'AUTO-DENONCIATION A L'IRS : UN PIEGE POUR LES PETITS CONTRIBUABLES	19
3.1. LE « FORFAIT » DE OVDP	19
3.2. LES DYSFONCTIONNEMENTS D'OVDP	19
3.3. POURQUOI FATCA POUSSERAIT LES SWISS PERSONS DANS OVDP	20
4. CONSIDERATIONS GENERALES SUR FBAR/FATCA	21
4.1. FBAR/FATCA SOUS L'ANGLE DE LA MORALE	21
4.2. FBAR/FATCA SOUS L'ANGLE DES DROITS FONDAMENTAUX	21
4.3. LES INFORMATIONS RAMENEES PAR FBAR/FATCA NE SERONT PAS CONFIDENTIELLES	21
4.4. FBAR/FATCA EST UN SYSTEME DE PUNITION COLLECTIVE	22
4.5. LA LENTEUR DES SIGNATURES ET DES RATIFICATIONS DE FATCA DANS LE MONDE	23
4.6. FATCA COMME ACTA ?	24
4.7. LA LEÇON DE FATCA POUR L'UNION EUROPEENNE	24
4.8. PEUT-ON ABANDONNER LES SUISSES DE L'ETRANGER ?	25
4.9. FBAR/FATCA SOUS L'ANGLE DES ACCORDS INTERNATIONAUX	26
4.10. CONCLUSION : LE REFERENDUM CONTRE FATCA EN SUISSE	26
4.11. UN REFERENDUM RENFORCERAIT LA POSITION DE LA SUISSE EN EUROPE ET DANS LE MONDE	26
4.12. CONCLUSION	27

Préambule

Ce mémorandum a pour but d'illustrer que les enjeux de l'Accord FATCA entre la Suisse et les Etats-Unis (13.032) ne sont pas uniquement économiques, ni seulement de « souveraineté nationale ». Il est souvent affirmé que FATCA frapperait surtout de *riches Américains*.

Rien n'est plus erroné. L'accord ne se limite pas aux clients des banques de gestion de fortune (généralement non résidents). L'application de cette loi créerait une discrimination pénale et fiscale pour plus de cent mille personnes – dont 2/3 de citoyens suisses ordinaires – au motif de leur lieu de naissance, de leur liens familiaux ou de leur résidence : les Etats-Unis d'Amérique.

La documentation officielle, ainsi que la presse, n'ont donc pas relevé que FATCA est un problème qui concerne des catégories démographiques : avant tout des femmes, hommes et enfants appartenant majoritairement à la classe moyenne. Combien sont-ils, et quel est leur visage ?

Le *chapitre 1* répond à cette question, en montrant que l'expression *US Person* est un euphémisme politique pour ne pas dire qu'il s'agit de *Swiss Persons*.

Le *chapitre 2* illustre comment FATCA a été conçu comme un « chalut à petits contribuables » : il doit permettre au Département américain du Trésor d'infliger des pénalités confiscatoires à un grand nombre d'épargnants, pour un délit d'omission artificiel, grâce à une disposition interne des Etats-Unis appelée FBAR. En dépit de l'exclusion par l'accord FATCA des deuxième et troisième pilier, FBAR mettra en danger les retraites de *Swiss Persons*.

Le chapitre 3 explique le caractère hasardeux des programmes d'auto-régularisation, et le fait que ceux qui seront frappés le plus sévèrement seront de petits contribuables, la plupart du temps innocents de toute évasion fiscale.

Le *chapitre 4* traite les options politiques disponibles en Suisse, en Europe et dans le monde. Il illustre l'opportunité d'un référendum

Avertissement

Ce document constitue une critique de dispositions législatives du droit américain dont l'application est discutée en Suisse. Il a été rédigé dans l'esprit de la défense de l'Etat de droit suisse, ainsi que dans le respect de la Constitution des Etats-Unis et de ses amendements. En une période de débats politiques parfois irrationnels, l'auteur rejette par avance toute interprétation idéologique, ou détournement de sens, visant à alimenter des sentiments hostiles à l'égard des Etats-Unis ou de sa population.

Glossaire : termes et abréviations

Nous fournissons ici une liste de termes et abréviations :

U.S.C.	La loi fédérale américaine (United States Code). Le titre 26 codifie les lois fiscales, alors que le titre 31 définit le rôle de la monnaie et de la finance.
Accord FATCA	Nom donné en Suisse à l'→ IGA signé entre la Suisse et le Département du Trésor des Etats-Unis, signé par le Conseil fédéral le 14 février 2013.
Arrangement avec le Département de Justice	<i>Joint Statement entre le Département de la justice américain et le Département fédéral des finances suisse</i> Accord cadre signé le 29.12.2013 entre le Deputy Attorney General (vice-procureur) du → Département du Justice et le Département fédéral des finances pour la résolution du conflit fiscal, portant notamment sur la régularisation de comptes auprès de Suisses qui n'avaient pas été déclarés dans le cadre de la disposition → FBAR.
Département de Justice	<i>Department of Justice</i> (Etats-Unis), branche de l'exécutif fédéral chargée de l'administration des affaires judiciaires. Abréviations : DoJ
Département du Trésor	<i>Department of Treasury</i> (Etats-Unis), branche de l'exécutif fédéral chargée des Finances, notamment la fiscalité.
DoJ	Abréviations du → Département de Justice des Etats-Unis.
FATCA	<i>Foreign Account Tax Compliance Act</i> , disposition américaine obligeant les banques étrangères à renseigner l'→ IRS (fisc des Etats-Unis) sur les → US Persons.
FBAR	<i>Report of Foreign Bank and Financial Accounts</i> , disposition américaine (de droit interne) obligeant les → US Persons à rapporter elles-mêmes leurs comptes au → Département du Trésor, via l'→ IRS, sous peine de lourdes pénalités financières (jusqu'à 50% de la valeur du compte). Ceci est en supplément à leurs déclarations fiscales.
FFI	<i>Foreign Financial Intermediary</i> : intermédiaire financier étranger (notamment banque) soumis aux obligations de → FATCA. Ne pas confondre avec → QI (sens no 2).
IGA	<i>Inter-Governmental Agreement</i> ; accord passé entre le → Département du Trésor et un gouvernement étranger afin de contraindre les banques à appliquer → FATCA. En Europe, les IGAs doivent être ratifiés par les Parlements ; aux Etats-Unis en revanche, ces IGAs ne seront pas ratifiés par le Congrès. Un IGA n'est donc pas un traité international. La → Loi FATCA en discussion au Parlement a pour but de mettre en œuvre l'IGA signé par dans le cadre du droit suisse.
IRS	<i>Internal Revenue Service</i> : l'agence fiscale des Etats-Unis, sous le → Département du Trésor.
Loi FATCA	Projet de loi <i>Approbaton et mise en oeuvre du Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA). Convention avec les Etats-Unis (13.032)</i> déposé par le Conseil fédéral en date du 10.04.2013, afin de ratifier l'→ Accord FATCA du 14 février 2013.

QI	<p><i>Qualified Intermediary.</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Système américain introduit en 1998, qui permet à des banques ayant signé un → contrat de <i>Qualified Intermediary</i> avec l'IRS d'obtenir des dégrèvements (abattements) de l'impôt à la source des dividendes et intérêts (30%), en fonction du pays de résidence de leur client (dans le cas de pays européens, typiquement 15% pour les dividendes et 0% pour les intérêts). 2. Intermédiaire financier (banque) qui a accepté de signer un contrat avec l'IRS dans le cadre de ce système.
Substantial Presence Test	<p>Critère selon lequel un visiteur des Etats, même sans visa ou avec visa touristique, peut être considéré comme une → US Person. En termes simples¹ :</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 31 jours durant l'année courante et 2. 183 jours pendant 3 ans (incluant l'année courante) ; les jours de l'année précédente comptent 1/3 et ceux de l'année d'avant 1/6.
Swiss Person	<p>Citoyen suisse ou résident suisse que le → Département du Trésor et/ou le → Département de Justice des Etats-Unis considèrent soit comme une → US Person (> 110'000 personnes), soit comme une → US-related person (nombre inconnu, total ¼ million ?).</p>
US Person	<p>Sujet fiscal américain ; s'applique principalement aux résidents américains, ainsi qu'aux citoyens américains résidents à l'étranger.</p>
US-related Person	<p>Personne présentant un indice d'être une → US Person. Cette personne est présumée US Person par l'→ IRS, jusqu'à ce qu'elle ait apporté la preuve du contraire. De ce fait, elle tombe potentiellement sous les pénalités de → FBAR.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Dans le cadre de → FATCA: passeport américain ou green-card, lieu de naissance aux Etats-Unis, adresse postale, « c/o » ou boîte postale aux Etats-Unis, droit de signature ou droit accordé à un compte avec une adresse aux Etats-Unis, numéro de téléphone aux Etats-Unis. 2. Dans le cadre de l'→ Arrangement avec le Département de Justice des Etats-Unis, outre les notions ci-dessus la notion est plus large et comprend notamment un conjoint, frère ou sœur d'un citoyen américain, etc. <p>Même si les chiffres totaux ne sont pas disponibles, il se pourrait que jusqu'à 250'000 personnes soient susceptibles d'être considérées US-related une fois ou l'autre dans leur vie, notamment à l'occasion d'un long séjour aux Etats-Unis (→ <i>Substantial Presence Test</i>).</p>
W8-BEN	<p>Formulaire de l'→ IRS. Celui-ci doit être remis par une personne n'étant pas → US Person à sa banque, dans le cadre de l'accord du → QI si elle achète des produits financiers américains. Dans le cadre de → FATCA ce formulaire doit être rempli par toute → US-Related Person (personne présentant des indices d'être une → US-Person).</p>
W9	<p>Formulaire de l'→ IRS. Celui-ci doit être remis par une → US Person à sa banque dans le cadre de l'accord du → QI et de →FATCA.</p>

¹ Nous vous invitons à vous référer au site de l'IRS, <http://www.irs.gov/Individuals/International-Taxpayers/Substantial-Presence-Test>

1. Qui est concerné par FATCA ?

1.1. Qu'est-ce que FATCA ?

FATCA est une disposition du droit fiscal interne des Etats-Unis, qui oblige les intermédiaires financiers (dits *FFIs*) dans le monde à déclarer à l'IRS les « US Persons » (voir § 1.2) qui auraient des relations avec elles.

Le 14 février 2013, le Conseil fédéral a signé un *Accord intergouvernemental* (IGA) avec le Département du Trésor des Etats-Unis qui a pour but de faire mettre en œuvre cette disposition en Suisse par les banques. Cet accord devant être ratifié par le Parlement, le Conseil fédéral a déposé, en date du 10 avril 2013, le projet de loi *Approbation et mise en oeuvre du Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA). Convention avec les Etats-Unis* (13.032), en abrégé *Loi FATCA*.

1.2. Définition d'une « US Person »

Il est notoire que la définition de *US person* (contribuable du fisc des Etats-Unis) ne se limite pas aux résidents des Etats-Unis, permanents ou provisoires². Elle s'étend à tous les citoyens américains à l'étranger et leurs conjoints, ainsi qu'à tous les titulaires de *green card*, même s'ils résident fiscalement en Suisse et détiennent un passeport suisse. Le système fiscal américain est ainsi conçu que dans certains cas, des résidents suisses peuvent être amenés à payer un impôt supplémentaire ; ces cas ne sont en pratique pas fréquents.

1.3. Parler de « Swiss Persons », plutôt que « US Persons »

Le terme *US Person* peut prêter à confusion et la documentation officielle illustre mal les groupes démographiques qu'il recouvre. En effet, en excluant la clientèle transfrontalière (majoritairement des citoyens ou résidents des Etats-Unis) qui détient des comptes dans les banques de gestion de fortune, il est possible de se fonder sur les statistiques officielles de 2012³ :

Citoyens suisses aux Etats-Unis (au bénéfice de la Convention de double imposition avec la Suisse)	76'300	64.6%
Citoyens américains résidents en Suisse (permanents et provisoires)	21'730	18.4%
Double nationaux (<i>estimation</i> ⁴)	20'000	16.9%
	118'030	100.0%

Nous pouvons ainsi qualifier de **Swiss Person**, tout Suisse ou résident suisse concerné par l'accord FATCA avec la Suisse.

A contrario, si ce n'était pas de *Swiss Persons* qu'il s'agissait, le Parlement suisse n'aurait pas d'intérêt – ni de légitimité – à légiférer sur elles.

² Voir *Substantial Presence Test* dans le glossaire.

³ Source : Office fédéral de la statistique, chiffres de 2012.

⁴ Nous ne disposons pas de statistique officielle pour cette catégorie.

Une grande majorité des personnes concernées :

1. A des comptes ordinaires dans une banque de détail (Postfinance, UBS/CS, Banques cantonales, Reiffeisen, Migros, Coop, etc.); leur fortune est généralement leur retraite ou leur bien immobilier
2. Ne doit rien au fisc américain, ou à défaut des sommes très modestes.

Il s'agit donc d'une population d'à peu près **cent-vingt-mille Swiss Persons** directement concernées par FATCA (ce qui exclut la clientèle transfrontalière).
 Parmi celles-ci, **il y aurait donc 80% de citoyens suisses.**

1.4. Combien de « US-Related Persons » en Suisse ?

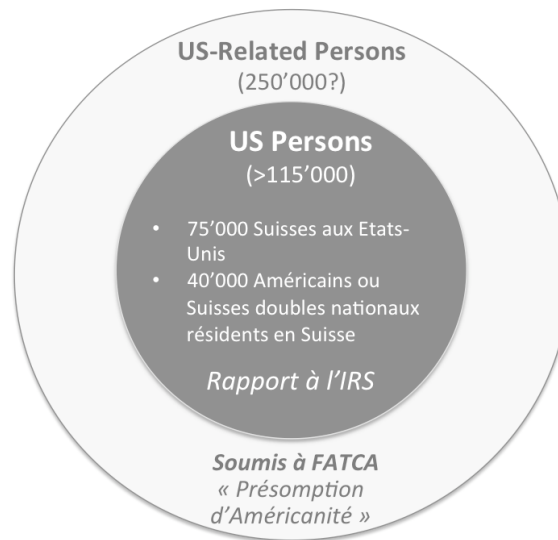
A cela, il faut ajouter que FATCA ne concerne pas uniquement des US-Persons, mais un périmètre beaucoup plus large : les « US-related person » (personne « reliée » aux Etats-Unis). Cette notion repose sur six « indices », une méthode pratiquée pour la lutte contre le blanchiment d'argent :

Indice	Nombre minimum	Concerne aussi
a. Passeport américain ou green-card	40'000 résidents américains en Suisse + 75'000 suisses aux Etats-Unis	Double-nationaux
b. Lieu de naissance aux Etats-Unis	?	
c. Adresse Postale aux Etats-Unis	?	Etudiants, voyageurs d'affaires ou voyageurs privés
d. Adresse « c/o » ou boîte postale aux Etats-Unis	?	Etudiants, voyageurs d'affaires ou voyageurs privés
e. Signature ou droit accordé à un compte avec une adresse aux Etats-Unis	?	
f. Numéro de téléphone aux Etats-Unis	?	Etudiants, voyageurs d'affaires ou voyageurs privés

1.5. De nombreux Suisses devraient combattre la « présomption d'Américanité ».

Il faut relever que FATCA prévoit de « pister » les Swiss Persons grâce à des techniques de lutte contre la criminalité (indices) utilisées pour découvrir des escrocs internationaux, des marchands de drogue, ou des politiciens corrompus. La différence ici est que le délit serait d'être un « Américain secrètement expatrié ».

FATCA prévoit ainsi **deux cercles concentriques**. Le schéma suivant illustre le concept:



Toute Swiss Person présumée « reliée » aux Etats-Unis tombe sous le coup de FATCA.

Elle doit soit:

- a) Démontrer qu'elle n'est pas une US-Person, au minimum au moyen d'un formulaire W8-BEN ainsi que des *preuves documentaires*.
- b) Si elle a une nationalité ou résidence américaine, elle devrait remplir un formulaire W9.
- c) À défaut, elle sera considérée comme « **non-coopérative** ».

Vu qu'aucune statistique ou estimation n'a été faite (ou du moins publiée), il faudrait imaginer *que deux-cent-cinquante mille Suisses ou résidents suisses pourraient tôt ou tard « prouver » à leur banque qu'il ne sont pas « Américains »*.

L'Accord FATCA contient une clause (Article 7, no 2) obligeant les banques suisses à fournir sur demande les noms de personnes « non coopératives », qui auraient donc refusé ou négligé de fournir cette « preuve de non-américanité », celles-ci s'exposeraient à des poursuites aux Etats-Unis. Nous ne sommes pas à connaissance de la jurisprudence dans ce domaine, mais on peut imaginer que les amendes dans ce cas seraient sévères et les voies de recours problématiques, spécialement pour des citoyens suisses.

Cette disposition permet en principe de transmettre au fisc américain le nom de Suisses, résidents en Suisse et n'ayant aucun rapport avec les Etats-Unis, dont le « tort » aurait été d'avoir refusé de signer un formulaire W8-BEN auprès de leur banque.

1.6. La situation des Suisses expatriés aux Etats-Unis n'est pas enviable

Pour les 76'300 Suisses expatriés aux Etats-Unis, ouvrir un compte en Suisse est devenu difficile. L'UBS s'est en particulier engagée à n'en accepter aucun et d'autres banques font sans doute de même. L'Organisation des Suisses à l'étranger exprimé sa vive inquiétude au gouvernement suisse à propos du refus des banques de les accueillir, ainsi que des frais bancaires devenus plus élevés à cause de FATCA⁵.

La Loi FATCA ne permettra pas de lever le refus des banques helvétiques d'ouvrir des comptes aux Suisses expatriés aux Etats-Unis. Seuls deux événements pourraient aboutir à ce résultat :

- a) Le refus de la Suisse de reconnaître l'applicabilité de la disposition FBAR (voir chapitre 2) au territoire suisse.
- b) L'abolition de la disposition FBAR par le Congrès des Etats-Unis, pour les citoyens non-résidents.

Jusqu'à ce que cette situation soit pleinement résolue, les risques juridiques qu'une *Swiss Person* (*US Person* ou *US-related*) fait courir aux intermédiaires financiers resteront incompatibles avec la gestion saine et rentable d'une banque.

Les *Swiss Persons* vivant aux Etats-Unis pourront certes compter sur Postfinance en tant que prestataire bancaire universel, mais uniquement pour la tenue d'un compte courant.

1.7. Le Département du Trésor américain agit sans mandat du Congrès des Etats-Unis

Il semble irrégulier que des fonctionnaires du Département américain du Trésor proposent directement des traités sous forme d'*Inter-Governmental Agreements* (IGAs) afin qu'ils soient soumis à des Parlements d'Etats européens. Au regard du droit international, ils ne sont en principe que des « *particuliers* ».

Là où les fonctionnaires du Département américain du Trésor ont innové, c'est en prenant une initiative relevant de la diplomatie internationale, sans même avoir sollicité ni obtenu de mandat du Congrès américain.

Le nom **d'Accord entre la Suisse et les Etats-Unis** suscite de réelles questions. Il a n'a été signé qu'avec des représentants du Département du Trésor et aucune ratification n'est prévue par le Parlement des Etats-Unis.

Formellement, il aurait dû être nommé **Accord entre la Suisse et le Département du Trésor des Etats-Unis**.

En effet, bien que FATCA relève bien d'une loi approuvée par le Congrès, ce n'est pas du tout le cas des accords dit IGAs, lesquels sont une création personnelle des responsables du Département américain du Trésor.

⁵ « Accord FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act) et projet de loi fédérale sur l'application de l'accord FATCA – Prise de position de l'Organisation des Suisses de l'étranger », 16 mars 2013.
http://aso.ch/files/webcontent/Stellungnahme_ASO_Accord_FATCA.pdf

À ce sujet, citons la lettre du Représentant Bill Posey au Département américain du Trésor américain, datée du 1^{er} juillet 2013 : « Je note que les IGAs qui sont souscrits actuellement ne sont pas autorisés, ni même mentionnés par FATCA. Malgré l'absence d'autorisation législative, ces IGAs *ne sont pas soumis au Sénat en tant que traités ou amendements de traités pour son avis et approbation*, de même que [...] aucune requête n'a été faite au Congrès pour [obtenir] une autorisation légale de mettre en œuvre ces IGAs »⁶.

Le Parlement de la Confédération helvétique est entré en matière sur la Loi FATCA en dépit du fait qu'elle repose sur un **IGA, un document dont la légitimité peut être aisément mise en doute, puisqu'il a été émis par des « particuliers » qui n'ont pas de mandat formel à représenter les Etats-Unis à l'étranger.**

On arrive dès lors à une situation inédite, où un accord IGA ratifié par la Suisse aurait force de loi en droit suisse, alors les engagements souscrits par le Département du Trésor n'engagent pas formellement les Etats-Unis (vu que seul le Congrès aurait le pouvoir de le faire). De fait, ils pourraient en principe être repoussés par ce pays à tout moment, sans fournir de motif.

Au surplus, **la clause de réciprocité optionnelle** de l'échange d'informations à l'Article 13, sur laquelle seule le Congrès des Etats-Unis pourrait légiférer (alors qu'il ne se prépare nullement à le faire), porte donc sur **un domaine où le Département américain du Trésor n'avait aucune capacité à contracter.**

1.8. Conclusions sur la Loi FATCA

1. Le terme *US person* est un euphémisme, puisqu'il il s'agit d'un noyau de 110'000 personnes en grande partie représentants de la classe moyenne (sans doute plus du double, si l'on considère les « indices » du fisc américain). S'agissant de *Suisses* (à 80%) ou de *résidents en Suisse* c'est de *Swiss Persons* qu'il faut parler. Si l'on inclut les personnes avec un « indice d'Américanité », ce nombre pourrait être plus élevé.
2. Le Département du Trésor n'ayant pas de mandat de représenter les Etats-Unis, la légitimité de l'IGA suscite des interrogations.

⁶ « I further note that the IGAs that are being entered into are not authorized, or even mentioned, in FATCA. Despite the absence of any specific legislative authorization, these IGAs are not being submitted to the Senate as treaties or treaty amendments for its advice and consent, nor (...) is any request being made to Congress for the statutory authority to implement these IGA »: voir Bill Posey, Lettre au Département du Trésor, 1er juillet 2013 (notre traduction).

2. FBAR : des citoyens ordinaires visés par la répression contre la grande criminalité

Le problème de FATCA est qu'« un train peut en cacher un autre ».

2.1. Introduction

Alors que l'IGA (accord) de la Suisse avec le Département du Trésor à propos de FATCA impose des obligations sur les banques, il ne régularise pas le passé pour les personnes concernées. La réglementation *anti-blanchiment* qui s'applique pour ces cas est *FBAR* (Report of Foreign Bank Financial Accounts), qui relève du droit interne américain.

Les paragraphes suivants illustrent de quelle façon FATCA interagit avec FBAR afin de procurer des listes d'individus de telle sorte qu'ils puissent être soumis, le cas échéant aux pénalités de FBAR. Il s'agit là d'une information qui peut être nouvelle pour les décideurs politiques.

2.2. Genèse de FBAR

FBAR⁷ (31 U.S.C. § 5314) est une disposition du *Bank Secrecy Act* (BSA), une loi passée en 1970 dont l'objectif est de lutter contre le blanchiment d'argent. Sa particularité est qu'elle relève de la monnaie (titre 1 du Code légal fédéral) et *non* de la fiscalité (titre 26). Etant un instrument de lutte contre la grande criminalité financière, ainsi que le terrorisme⁸, les peines prévues par cette loi sont aujourd'hui extrêmement sévères.

Etant une disposition « extra-territoriale » du droit interne américain, FBAR ne fait pas l'objet d'un traité avec la Suisse.

Le Message du Conseil fédéral du 14 avril 2013 à propos de la Loi FATCA ne fait pas mention de FBAR. Il en va de même de la plupart des articles de la presse écrite. L'IRS (l'agence fiscale américaine) ne fait en revanche aucun mystère du lien entre les deux⁹.

2.3. Qui est concerné par FBAR ?

Le paragraphe 103.25 du règlement du Département du Trésor définit l'obligation pour des *US Persons* (*Swiss Persons* pour nos besoins) de rapporter les comptes détenus en dehors du territoire des Etats-Unis^{10 11}.

⁷ Voir le site de l'IRS : <http://www.irs.gov/Businesses/Small-Businesses-&Self-Employed/Report-of-Foreign-Bank-and-Financial-Accounts-%28FBAR%29>

⁸ Le Bank Secrecy Act a été amendé dans le cadre du Patriot Act de 2001 (titre III section 352) édicté suite aux événements du 11 septembre.

⁹ Voir « FATCA Information for Individuals » : <http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/FATCA-Information-for-Individuals>

¹⁰ "Each person subject to the jurisdiction of the United States (except a foreign subsidiary of a U.S. person) having a financial interest in, or signature or other authority over, a bank, securities or other financial account in a foreign country shall report such relationship to the Commissioner of the Internal Revenue for each year in which such relationship exists, and shall provide such information as shall be specified in a reporting form prescribed by the Secretary to be filed by such persons. (...)" Règlementation du Département du Trésor §103.24

¹¹ Les hypothèques sont exclues de FATCA et de FBAR.

FBAR ne frappe pas que le titulaire d'un compte au-dessus de 10'000 dollars (USD) dans l'année, mais aussi les catégories suivantes :

- a) Bénéficiaire économique ;
- b) Personne ayant le droit de signature ;
- c) Personne ayant tout autre droit.

De fait les dispositions de FBAR ne s'appliquent pas uniquement à une personne privée (comme pour FATCA), mais aussi à toutes formes de sociétés, trusts, fondations, sociétés anonymes et associations, indépendamment de leur statut fiscal.

D'autre part, les voies de recours fiscales habituelles prévues par l'IRS ne sont pas disponibles dans le cadre de FBAR, vu que cette disposition ne relève pas du code fiscal !

2.4. Le « réveil » de FBAR

Une difficulté avec la disposition FBAR est qu'elle a été « oubliée » et peu suivie ; d'autre part, les pénalités étaient initialement modestes et restreintes à des cas limités. Le Département du Trésor a transféré en 2003 la responsabilité de l'application de FBAR à l'IRS ; la disposition FBAR n'étant pas fiscale, cela a introduit des incertitudes juridiques. En 2004 le Congrès américain a établi des peines un peu plus sévères, mais a continué d'estimer que si le compte avait été rapporté dans une déclaration fiscale, la peine ne s'appliquait pas. En 2006, le Congrès américain a durement renforcé les peines¹².

2.5. FBAR et le conflit fiscal avec la Suisse

C'est notamment la réactivation inattendue de cette disposition, avec effet rétroactif, qui a permis de sanctionner lourdement les clients d'UBS (affaire close le 15 novembre 2010) et conduit indirectement à la faillite de la banque Wegelin & Cie, sur la base de plaintes de l'IRS¹³.

À l'automne 2012, le Département de Justice américain (DoJ) a repris le dossier du conflit fiscal avec la Suisse, qui avait été traité jusque là par l'IRS¹⁴. FBAR forme aussi l'arrière-plan de la fameuse Lex Americana pour la régularisation du passé proposée par le Conseil fédéral le 29 mai 2013, et rejetée par le Parlement suisse le 19 juin 2013.

¹² Sur l'arrière-plan de FBAR, voir notamment : Hale E. Sheppard, « New Penalties for Undisclosed Foreign Accounts: Putting the Cart before the Horse ? », *Journal of Tax Practice and Procedure*, juin-juillet 2006, p. 45-53; ainsi que Hale E. Sheppard, « Evolution of the FBAR : Where we were, where we are and why it matters », *Houston Business and Tax Journal*, Journal 1-41, 2006.

¹³ Le blog *Federal Tax Crimes* met à disposition une liste complète des condamnations infligées dans le cadre de FBAR (état au 23/8/2013), ce qui comprend notamment la banque Wegelin & Cie : <https://docs.google.com/file/d/0B0SLTNWD-Z3YcEIwUUZiS21hZ3c/edit?usp=sharing>

¹⁴ Pour une chronologie, voir « Chronologie du différend fiscal avec les Etats-Unis », Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales (SFI), septembre 2013.

L'Arrangement du 29 août 2013 entre le Conseil fédéral et le Département de Justice américain¹⁵ a fourni un cadre aux banques suisse pour « régulariser » leur situation, sans toutefois régulariser celle des clients concernés, lesquels tombent sous le coup de FBAR.

2.6. Pénalités de FBAR

Selon FBAR, toute personne physique ou morale ayant omis de déclarer un compte à l'étranger risque les pénalités suivantes :

Situation	Pénalité	Au minimum
Inadvertance	50% des avoirs déposés	10'000 dollars
Volontaire (négligence à s'informer)	50% des avoirs déposés	100'000 dollars

L'IRS dispose toutefois d'une certaine marge dans l'application de ces peines et peut les réduire le cas échéant.

Elle peut également les augmenter, comme dans l'affaire *United States v. Zwerner* (SD FL No. 13-cv-22082-CMA), où la pénalité de 50% a été appliqué 4 fois, résultant dans une pénalité de deux fois le montant du compte. En théorie le montant maximal de la pénalité FBAR pourrait aller jusqu'à **trois fois** le montant du compte¹⁶.

Ces montants doivent être comparés avec la notion souvent énoncée en Europe qu'une ponction de 50% du revenu est confiscatoire. Or il s'agit ici de **montants plusieurs supérieurs à la fortune totale**, pour avoir omis de déclarer un compte.

2.7. FBAR punit un délit de blanchiment.

Pour envisager la portée de FBAR, ainsi que l'extrême dureté des peines contre des contribuables qui ont négligé de rapporter leurs comptes il faut tenir à l'esprit que :

1. FBAR n'est pas une disposition fiscale, mais relevant de la lutte contre le blanchiment d'argent.
2. Le rapport FBAR sur les comptes à l'étranger (formulaire TD F 90-22.1) existe indépendamment des déclarations du revenu à l'IRS (nouvelle déclaration des comptes sur formulaire 8938 de l'IRS). Le fait qu'une personne ait déclaré ses comptes avec le formulaire IRS standard n'éteint pas les obligations de FBAR.
3. Les violations peuvent être commises, de façon indépendante, par plusieurs personnes liées à un compte (donc notamment : un signataire, un gérant de fortune et/ou un banquier).
4. Les pénalités pécuniaires pour FBAR ne sont ni un impôt, ni une amende fiscale. Elles ne préjugent pas, ni n'éteignent la responsabilité fiscale.

¹⁵ Pour le texte de l'Arrangement (*Joint Statement*) et les explications, voir la page d'information du Secrétariat d'Etat aux questions financières : <http://www.sif.admin.ch/00488/index.html?lang=fr&msg-id=50049>

¹⁶ Jack Townsend, « U.S. Civil Suit for 4 Years of Willful Penalty of 50% Per Year », blog *Federal Tax Crimes*, 14 juin 2013, <http://federaltaxcrimes.blogspot.ch/2013/06/us-civil-suit-for-4-years-of-willful.html>

Pour illustrer la gravité d'une omission de déclarer un compte, le montant *minimal* de 100'000 dollars en cas d'omission considérée « volontaire » est la peine pécuniaire maximale du code fédéral américain pour un *misdemeanor* (délit) de classe A, la catégorie la plus grave avant le crime, qui comprend notamment : *Coups et blessure, cambriolage, résistance à l'arrestation ou délit de fuite, ainsi que parjure.*

Si l'on se base sur les montants en jeu, FBAR considère donc que l'omission « volontaire » de déclaration d'un compte par un Swiss Person serait d'une gravité équivalente un *crime fédéral.*

2.8. Conséquences pour les personnes concernées

Les violations de FBAR relevant du blanchiment d'argent, les considérations de justice fiscale ne s'appliquent pas dans le calcul des pénalités ; la pénalité peut en théorie aller jusqu'à **trois fois** le montant du compte.

Il en ressort qu'une personne peut être frappée par FBAR indépendamment du fait que :

1. Elle ait eu l'intention de cacher des avoirs (une pénalité s'applique même en cas involontaire).
2. Elle soit titulaire ou bénéficiaire des avoirs (une pénalité peut s'appliquer à un banquier ou toute relation d'affaires).
3. Elle ait déclaré ses avoirs au fisc au moyen de formulaires de l'IRS.
4. Elle se soit rendue coupable ou non d'évasion fiscale.
5. Elle ait les moyens financiers ou non de s'acquitter de sa pénalité.

Dans de nombreux cas, **la personne n'a commis aucune évasion fiscale.** Il en résulte que **FBAR est une disposition arbitraire et confiscatoire, punissant un crime artificiel.**

2.9. Risques pour les deuxième et troisième piliers ?

Alors que l'article 9 de l'IGA de la Suisse avec les Etats-Unis exclut fort heureusement les comptes de deuxième et troisième pilier des dispositions de FATCA (26 U.S.C. §1471), il ne préjuge pas de l'applicabilité de FBAR (31 U.S.C. § 5314) aux comptes de retraite. L'IRS ne cache pas son intention de « régulariser » ces comptes¹⁷, ce qui impliquera des peines pour les épargnants : soit celles de l'OVDP de 2012 (27.5% du montant), soit celles prévues par défaut (50%, en sus des impôts, pénalités de retard et conséquences pénales)¹⁸.

Les résidents suisses sont des « non-résidents » au regard du droit des Etats-Unis. Néanmoins, rien ne permet d'affirmer que leurs comptes de retraite sont exclus de FBAR.

Type de Compte	Obligation de rapporter	
	Par les banques suisses dans le cadre de l'accord FATCA	Par le contribuable
Ordinaire	50'000	Dès 10'000 dollars dans l'année
Deuxième ou Troisième Pilier	Non (article 9)	Dès 10'000 dollars dans l'année

Le système FBAR/FATCA introduit une incertitude juridique sur les retraites de Swiss Persons, qui doit être soigneusement examinée. Rien ne permet d'affirmer qu'elles seraient exclues de FBAR ; si c'était effectivement le cas il conviendrait de l'exprimer de façon explicite.

Cette problématique aurait-elle été sous-estimée ?

2.10. L'Arrangement du Conseil fédéral ne libèrera pas les « US / Swiss Persons » de l'effet de FBAR

Le montant de 50% prévu par l'Arrangement pour les comptes ouverts après le 28 février 2009 renvoie directement aux pénalités de FBAR (rappelons que cet accord régularise la situation des banques, mais non celles de contribuables concernés).

L'acceptation de la Loi FATCA par le Parlement impliquerait qu'il cautionne FBAR, son périmètre (extra-territorial) et son application (en droit suisse), ainsi que toutes les pénalités qui frapperaient le cas échéant des *Swiss Persons*.

Au sujet de cet accord avec le DoJ, il est notamment prévu que le Conseil fédéral et les banques suisses encouragent les personnes concernées à rentrer dans un programme d'auto-dénonciation avec l'IRS. Le chapitre 3 explique brièvement ce qu'en pourraient être les conséquences pour elles.

¹⁷ « IRS Crackdown on Foreign Retirement Plans », Brian Mahany, *Tax Connections*, 4 septembre 2013 http://taxconnections.com/taxblog/irs-crackdown-on-foreign-retirement-plans/?goback=.gde_3731046_member_271266542#!

¹⁸ Pour une comparaison plus complète entre FBAR et FATCA, voir « FATCA and FBAR Rules », American Citizens Abroad : http://americansabroad.org/download_file/view/232/338/

2.11. *Abolir FBAR ?*

La disposition FBAR, qui fait double emploi avec les formulaires de déclarations fiscales déjà existants, est inutile et disproportionnée. Elle frappe le plus durement des personnes à revenu modeste, en raison des fortes pénalités minimales qu'elle prévoit.

L'importante association American Citizens Abroad (ACA)¹⁹ basée à Genève, qui défend les intérêts des expatriés américains dans le monde entier, a récemment proposé au Congrès américain une réforme de la fiscalité appelée *Residence Based Taxation* (RBT)²⁰. La taxation à la citoyenneté par un système basé sur la résidence, ce qui reviendrait à rendre caduque une bonne partie des dispositions de FBAR et FATCA.

2.12. *Conclusions sur FBAR*

FATCA agit en pratique comme un « chalut » destiné à ramener des épargnants s'étant rendus coupables « d'omission » de déclaration d'un compte (formulaire TD F 90-22.1), vers un système de répression du blanchiment d'argent.

Les pénalités, pour n'importe laquelle des 110'000 Swiss Persons qui aurait omis, même accidentellement, de remplir ce formulaire sont d'une grande dureté. L'oubli de déclarer un compte du 2^{ème} ou 3^{ème} pilier peut mener à une pénalité égale jusqu'à 50% du montant de ce compte, voire – théoriquement – un montant supérieur au capital de retraite.

De ce fait, l'exclusion des comptes de retraite de l'IGA entre la Suisse et les Etats-Unis ne protège pas les Swiss Persons contre les conséquences de FBAR.

¹⁹ Site de l'association American Citizens Abroad: <http://americansabroad.org>

²⁰ « Residence-Based Taxation: A Necessary and Urgent Tax Reform Working Paper », American Citizens Abroad, Mars 2013
<http://americansabroad.org/files/6513/6370/3681/finalsbrbtmarch2013.pdf>

3. Les programmes d'auto-dénonciation à l'IRS : un piège pour les petits contribuables

3.1. Le « forfait » de OVDP

Certes, les pénalités de FBAR ne frappent pas automatiquement ceux qui auraient contrevenu à la loi ; il existe en effet un programme de régularisation appelé OVDP (*Offshore Voluntary Disclosure Program*²¹). Le taux forfaitaire pour la régularisation est le suivant :

Programme de régularisation	Ouvert le	Clos le	Taux forfaitaire (en % des avoirs déclarés)
2009	8 février 2009	15 octobre 2009	20%
2011	8 février 2011	9 septembre 2011	25%
2012	janvier 2012	<i>En cours</i>	27.5%

Ces taux ne peuvent pas être réduits.

3.2. Les dysfonctionnements d'OVDP

OVDP pose d'importants problèmes juridiques et moraux. Dans un document de 2013, l'Ombudsman des impôts aux Etats-Unis Nina Olson, s'est alarmée de la répression qui s'abat sur les *petits épargnants honnêtes qui ont fait le programme de régularisation*, lesquels auraient été jusqu'ici traités systématiquement « comme des criminels ». Selon ce qu'elle rapporte, les frais pour les plus petits revenus sont au moins de 575% de l'impôt dû²².

Le même document mentionne plusieurs cas où l'IRS a révoqué les lettres d'acceptation de contribuables qui s'étaient soumis à l'OVDP, ce qui les fait basculer dans les peines décrites au paragraphe 2.6. De plus, l'IRS n'a pas envoyé de lettres aux contribuables à l'étranger pour les éduquer sur leurs devoirs.

De nombreuses voix se sont élevées parmi des avocats et comptables américains pour protester contre FBAR, utilisant des termes tels que « absurde », « inéquitable » ou « abusif »²³.

²¹ Page de l'IRS pour le programme de 2012 : <http://www.irs.gov/uac/2012-Offshore-Voluntary-Disclosure-Program>

²² Nina Olson (US Taxpayers' Advocate), « IRS Offshore Voluntary Disclosure Programs Continue to Burden "Benign Actors" and Damage IRS Credibility », <http://www.taxpayeradvocate.irs.gov/userfiles/file/FullReport/IRS-Offshore-Voluntary-Disclosure-Programs-Continue-to-Burden-Benign-Actors-and-Damage-IRS-Credibility.pdf>

²³ Citons Peter Pappas, « FBAR Penalties Absurd, Unfair », 31 octobre 2010, où il est question d'une personne de 80 ans frappée de 120'000 dollars d'amende. <http://www.pappastax.com/index.php/2010/10/19508/> ainsi que : « In the Spotlight : IRS Abuse of FBAR Penalties in Voluntary Disclosure Programs », 17 juin 2013, <http://blogs.angloinfo.com/us-tax/2013/06/17/in-the-spotlight-irs-abuse-of-fbar-penalties-in-voluntary-disclosure-programs/>

3.3. Pourquoi FATCA pousserait les Swiss Persons dans OVDP

En principe, l'accord FATCA ne permettra pas aux banques de dénoncer les comptes de prévoyance ; en revanche, les comptes d'épargne y seront soumis. On peut s'attendre à ce que :

1. Les avocats recommandent à leurs clients mis en difficulté par FATCA de dénoncer *tous* leurs comptes au moyen d'OVDP, dès 10'000 dollars et y-compris les comptes de 2^{ème} ou 3^{ème} pilier. Il en découle la pénalité forfaitaire de 27.5% sur le capital de ces comptes.
2. Le refus du *Swiss Person* d'auto-dénoncer les comptes du 2^{ème} ou 3^{ème} pilier l'exposerait aux pénalités FBAR pour omission volontaire (minimum 100'000 dollars) ainsi qu'à des poursuites pénales.
3. Le fait de se soumettre à OVDP ne garantirait pas l'immunité contre les poursuites car l'acceptation peut être révoquée.
4. On ne peut exclure que le gouvernement américain introduise des demandes groupées aux banques concernant les 2^{ème} ou 3^{ème} piliers des US Persons, en vertu du Traité de double imposition et non de FATCA.

M. X, double national, dispose d'un compte de 2^{ème} pilier de 175'000 francs. Etant Suisse et résident suisse et donc payant ses impôts en Suisse, il ne savait pas jusqu'ici qu'il aurait dû remplir le formulaire FBAR. Son compte d'épargne ayant dépassé l'équivalent de 50'000 dollars dans l'année (52'500 francs) son compte est soumis à FATCA. Sa banque le rend attentif aux obligations de FBAR et lui recommande de consulter un avocat. Ce dernier lui apprend qu'il aurait dû déclarer son compte épargne dès qu'il avait dépassé 10'000 francs, ainsi que se second 2^{ème} pilier, et qu'il doit s'engager dans un programme OVDP. Il apprend que la pénalité forfaitaire qui s'appliquera pour lui sera équivalente à **14.337.50 francs suisses** (convertis en dollars) pour son compte d'épargne (27.5%) ainsi que **48'125 francs suisses** pour son second pilier, pour un total de **62'562.50 francs**, auquel il faudra ajouter les frais d'avocats. Le contenu du compte épargne de M. X ne suffit pas à couvrir ces frais.

En revanche, si l'IRS choisit **à sa seule discrétion** de ne pas lui accorder le bénéfice d'OVDP, la pénalité pourrait aller jusqu'à l'équivalent de **113'750 francs** (50%) plus les frais d'avocats et les frais légaux, sans exclure la possibilité d'une condamnation pénale. Dans ce cas, pour une simple omission de rapporter ses comptes, M. X risque la moitié de son épargne et de sa retraite.

Quand on sait que l'Agrément du 30 août entre le Département fédéral des finances et le Département du Trésor, pour la régularisation du passé *demande* aux banques d'encourager leurs clients (y-compris petits épargnants) de souscrire au besoin à OVDP, on peut prédire des situations humaines difficiles, voire des atteintes aux droits fondamentaux du citoyen.

4. Considérations générales sur FBAR/FATCA

4.1. FBAR/FATCA sous l'angle de la morale

FBAR/FATCA est un *filet à petits poissons*. L'association ACA des expatriés américains déclare que FATCA « détruit des vies »²⁴.

De façon significative, FATCA ne contient pas de mesures qui puissent combattre les vrais responsables, lesquels disposent sans doute d'appuis politiques auprès de leurs propres administrations fiscales. Ceux-ci ont sans doute déjà préparé la parade grâce à leurs avocats et leurs conseillers fiscaux. On peut gager qu'ils se réjouissent de toute cette campagne du tout-à-la-répression, qui enlève l'attention des politiciens et des autorités de leurs agissements.

Quant à FBAR, elle est une loi particulière dure, conçue pour punir un nombre arbitrairement élevé de personnes pour un délit artificiel de « blanchiment », et en pratique largement artificiel. À ce sujet, l'association ACA a déclaré en 2011 qu'il s'agit d'une « arnaque »²⁵.

4.2. FBAR/FATCA sous l'angle des droits fondamentaux

Les dispositions confiscatoires de FBAR/FATCA viole les droits fondamentaux des Swiss Persons, en particulier :

- La liberté individuelle (par la remise en question de la possibilité pour des Suisses de s'établir aux Etats-Unis ou d'y rester) ;
- La garantie de la propriété ;
- L'interdiction de l'arbitraire ;
- La taxation selon la capacité contributive.

4.3. Les informations ramenées par FBAR/FATCA ne seront pas confidentielles

L'article 5, alinea 2 de l'Accord FATCA définit que « Les renseignements exigés (...) sont réputés être des renseignements qui peuvent être pertinents pour l'application de la législation interne des Etats-Unis relative aux impôts visés par la convention contre les doubles impositions (...) ». Cette formulation un peu controuvée signifie qu'elles seront partagées avec les autres agences des Etats-Unis.

L'information sur les comptes bancaires rentre dans le dispositif sécuritaire des Etats-Unis et les protections de la vie privée sauraient être invoquées dans ce cadre.

²⁴ « FATCA Destroys Lives and the US Economy », American Citizens Abroad, 4 août 2012
<http://americansabroad.org/issues/fatca/fatca-destroys-lives-and-the-us-economy/>

²⁵ « The FBAR SCAM », American Citizens Abroad, 16 septembre 2011. L'ACA a demandé au Congrès de modifier la loi américaine afin d'effacer le passé pour les contrevenants de bonne foi, et de considérer dorénavant qu'une déclaration fiscale doit automatiquement valoir comme une déclaration FBAR.
<http://americansabroad.org/files/5713/3589/8010/fbarscam.pdf>

Le Sénateur Carl Levin, qui a soutenu l'introduction de la législation FATCA au Congrès a déclaré que les informations ainsi ramenées sont destinées à être utilisées dans la lutte contre le blanchiment, le commerce de drogue, ainsi que le **financement du terrorisme** ; il ajoute que « la Cour Suprême des Etats-Unis soutient depuis longtemps que **l'information des comptes bancaires n'est pas intrinsèquement confidentielle** »²⁶.

Quant à FBAR, c'est une disposition conçue pour la lutte contre le blanchiment (qui relève du Titre 31 du Code fédéral sur la monnaie et non du Titre 26 sur la fiscalité).

FBAR n'étant pas une disposition *fiscale* mais de *lutte contre le blanchiment*, **les informations sur les avoirs de Swiss Persons seront par principe utilisables dans d'autres buts que la fiscalité.**

4.4. FBAR/FATCA est un système de punition collective

FBAR/FATCA illustre comment les campagnes d'indignation publique contre de « riches fraudeurs à l'étranger » abondamment relayées par la presse, ont abouti à une répression fiscale de la **classe moyenne** et à l'érosion des **droits fondamentaux** des citoyens. **En affaiblissant les droits civiques de la population, elles renforcent le rôle politique de cliques privilégiées** – élargissant ainsi les disparités sociales.

FBAR et FATCA ont conduit quelques milliers d'Américains à renoncer à leur nationalité, pour éviter la discrimination administrative, ainsi que les risques pénaux. Ce faisant, ils doivent payer une Exit Tax (US 877A). La liste de ces personnes est mise en ligne trimestriellement par le Registre fédéral des Etats-Unis, de telle façon qu'elles soient exposées à la honte publique²⁷.

Le 18 mai 2012, les sénateurs Schumer et Casey ont proposé une loi appelée EX-PATRIOT ACT (S. 3205) qui créerait une « présomption de renonciation à la citoyenneté américaine pour raisons fiscales », créant ainsi un amalgame entre le désir légitime d'échapper à la discrimination administrative (notamment de de FBAR/FATCA) et l'évasion fiscale.

Le lancement de cette proposition de loi a été l'occasion d'une campagne médiatique décrivant l'*ensemble* des Américains vivant à l'étranger comme de riches fraudeurs du fisc, et prompte à diaboliser ceux qui renoncent à leur nationalité, accusés d'être des « milliardaires cosmopolites » sans loyauté pour leur pays et profitant de la pauvreté de leurs concitoyens²⁸.

²⁶ « (...) One additional issue is critical to successful implementation of FATCA's disclosure obligations: treating FATCA offshore account information as non-tax return information to ensure its accessibility to law enforcement and national security communities combating crimes other than tax evasion. Although FATCA is structured to address offshore tax abuse, offshore account information has significance far beyond the tax context, affecting cases involving money laundering, drug trafficking, terrorist financing, acts of corruption, financial fraud, and many other legal violations and crimes. ». « The U.S. Supreme court has long held that bank information is not inherently confidential but is subject to enforcement laws in appropriate circumstances. » Sénateur Car Levin, Lettre du 11 juin 2012 à l'IRS.

²⁷ Cette liste est disponible en ligne sur <https://www.federalregister.gov/quarterly-publication-of-individuals-who-have-chosen-to-expatriate>

²⁸ Comme exemple de ce type d'argumentation : « The number of Americans renouncing their citizenship grew from 238 in 2008 to 1,534 in 2010. **This sixfold increase no doubt includes a hefty portion of**

En tout état de cause, de telles affirmations ne décrivent pas de façon adéquate les 40'000 expatriés américains vivant en Suisse (dont 20'000 Suisses double-nationaux).

Il n'est pas contestable que **la majorité des personnes frappées par les pénalités confiscatoires de FBAR sont innocentes à la fois d'intentions délictueuse et d'évasion fiscale.**

Sur le plan moral, la **punition sévère d'individus innocents** se justifierait donc par le fait qu'ils appartiennent collectivement à une **catégorie coupable** ; le raisonnement moral est qu'ils doivent « **payer pour les autres** ».

Le système FBAR/FATCA est donc un **système de punition collective.**

4.5. La lenteur des signatures et des ratifications de FATCA dans le monde

A la mi-septembre 2013, il n'y a que *deux pays au monde qui ont ratifié FATCA* (la Grande-Bretagne et l'Allemagne). La France, l'Espagne et l'Italie, qui s'étaient avancées en février 2012 pour signer un accord préliminaire, n'ont pas encore signé d'IGA – et ce malgré les déclarations passionnées du Ministre français de l'économie et des finances au Parlement français à propos de FATCA, qui n'ont d'ailleurs manifestement pas convaincu tous les élus²⁹.

A la mi-septembre 2013, il n'a y pas eu de nouveau IGA signé depuis le mois de mai 2013 (trois mois et demi). Avec une entrée en vigueur supposée à fin juin 2014, la réussite du programme FATCA suscite de fortes interrogations.

Pays ³⁰	Déclaration commune	Modèle d'IGA ³¹	Réciprocité demandée	Accord bilatéral	Ratification
Allemagne	07.02.2012	1	oui	31.05.2013	05.07.2013
Danemark		1	oui	19.11.2012	
Espagne	07.02.2012	1	oui	14.05.2013	
France	07.02.2012	1	oui		
Irlande		1	oui	23.11.2013	
Italie	07.02.2012	1	oui		
Japon	21.05.2012	2			
Mexique		1	oui	19.11.2012	
Norvège		1	oui	15.04.2013	
Royaume-Uni	07.02.2012	1	oui	12.09.2012	17.07.2013
Suisse	21.06.2012	2	non (optionnelle)	14.02.2013	En cours

super-rich cosmopolitans. Citizens of Davosland, they can look with disdain upon the struggling 99.9% who believe that a commitment to their country is a lifetime affair. » Bruce Ackerman, Payback for a Facebook Tax Refuge, *LA Times*, 16 mai 2012

²⁹ 9 avril 2013 : http://www.dailymotion.com/video/xyv6d0_fraude-fiscale-moscovici-plaide-pour-un-fatca-europeen_news

³⁰ Source : Page de l'IRS : <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA.aspx>

³¹ Le modèle 1 prévoit une relation des

Seuls 8 pays au total ont signé un IGA, dont seuls 6 pays Européens (un nombre à mettre en relation avec les 28 membres de l'Union européenne et les 4 membres de l'AELE).

Face à cette lenteur dans l'acceptation internationale, le Trésor américain a repoussé le programme de FATCA de six mois. Mais même avec une échéance de FATCA repoussée à juin 2014, on voit mal comment un nombre suffisant de pays européens arriveraient en majorité à signer des IGAs et à les ratifier à temps.

À ce compte, affirmer que FATCA est « inévitable » serait vouloir ignorer les faits. Face aux retards des signatures et des ratifications, un nouveau délai à *fin 2014* serait même un scénario envisageable.

4.6. FATCA comme ACTA ?

L'opposition qui se développe dans un certains nombre de pays, voire aux Etats-Unis³². De fait il existe même une possibilité que FATCA subisse un retournement de l'opinion publique – qui est d'ailleurs bien entamé en Suisse.

À titre de comparaison, une proposition internationale appelée ACTA³³ avait été « lancée » en octobre 2011, par un accord international par l'Australie, le Canada, le Japon, le Maroc, la Nouvelle Zélande, Singapour, la Corée du Sud et les Etats-Unis. Après que les négociations aient été conduites pendant longtemps à l'écart des parlements et des opinions publiques, ce sont les campagnes internationales d'associations pour la défense des droits des citoyens qui ont conduit le Parlement européen à enterrer la loi en Juillet 2012.

Qu'on juge donc la proposition du Ministre français des Finances et de l'économie, Pierre Moscovici ainsi que ses collègues des quatre pays signataires de février 2012, « d'instaurer un projet multilatéral d'échange de renseignements inspiré de la législation américaine FATCA », laquelle n'a guère de chances d'aboutir en Europe, dès lors que la liaison entre FBAR et FATCA serait comprise par la classe politique³⁴. Il est d'ailleurs significatif qu'à début septembre 2013, la France n'ait pas encore signé d'IGA avec le Département du Trésor. Il est d'ailleurs possible que la question de la souveraineté nationale y soit débattue comme en Suisse.

4.7. La leçon de FATCA pour l'Union européenne

À cet égard il est important de rappeler que les ministres des finances des pays européens ne représentent pas leurs Parlements (pour qui la fiscalité est une prérogative

³² Voir notamment le lobby Repeal FATCA, www.repealfatca.com

³³ Anti-Counterfeiting Trade Agreement

³⁴ Lettre du 9 avril 2013 au Commissaire européen Algirda Semeta, signée par Pierre Moscovici (France), Wolfgang Schäuble (Allemagne), Vittorio Grilli (Italie), Cristobal Montoro Romero (Espagne) et George Osborne (Royaume-Uni).
http://www.economie.gouv.fr/files/courrier_algirdas_semeta.pdf

historique³⁵), ni leurs opinions publiques. Celles-ci, tout comme l'opinion publique suisse, pourraient aussi reprocher un jour à leurs Autorités et leur Parlement d'avoir cédé devant les prétentions inacceptables du Trésor américain.

S'il y a d'ailleurs une chose sur laquelle il faudrait se préoccuper, à propos de FATCA et de la fiscalité en général en Europe, c'est **la désunion de l'Union européenne, qui a laissé ses membres avancer en ordre dispersé face au Département du Trésor**. De fait, si le Parlement de l'Union européenne s'exprimait cette fois aussi contre FATCA, il n'aurait pas le pouvoir d'imposer son veto ; **en effet, la fiscalité relève pour l'essentiel de la compétence des Etats-membres**³⁶.

Néanmoins le coup porté à la crédibilité de la proposition américaine serait suffisant pour interrompre les signatures d'IGAs, ainsi que les ratifications par des Parlements nationaux.

Une fois l'urgence passée, ce serait l'occasion pour les 28 pays membres de l'Union européenne de se poser la question si l'idée fixe de la pleine souveraineté nationale en matière fiscale – dernier reste des égoïsmes nationaux de l'Entre-deux-guerres – ne serait pas le péché qui les a livrés jusqu'ici à la merci du Trésor américain. Que si, au contraire ils *conféraitent enfin à la loi de la majorité qualifiée à Bruxelles en matière fiscale*, ils lui céderaient certes une partie de leur souveraineté : mais ce serait du moins à une instance qui leur donne voix au chapitre, plutôt qu'un Ministère américain qui les a traités jusqu'ici comme des laquais. Les Cantons suisses avaient quant à eux entamé une telle évolution dès la fondation de l'Etat fédéral en 1848, que personne ne semble regretter aujourd'hui.

4.8. Peut-on abandonner les Suisses de l'étranger ?

Il convient de rappeler que le Parlement suisse représente aussi les Suisses à l'étranger, en particulier les 75'000 citoyens suisses résidents aux Etats-Unis, dont la situation s'est significativement dégradée ces dernières années (voir par. 1.6). Il s'agit d'une population particulièrement à risque, dont il convient de protéger les intérêts légitimes.

Même si le Département de Justice et le Département du Trésor des Etats-Unis semblent vouloir désigner leurs propres expatriés comme « boucs émissaires » (voir par. 4.4), il n'y pas de justification à ce que le Parlement suisse fasse de même avec les siens.

La situation se présente également en ces termes à propos de la Convention franco-suisse sur les successions, actuellement en discussion au Parlement.

³⁵ En Europe, la fiscalité a toujours été une prérogative des Parlements, même sous l'Ancien régime et les monarchies absolues. En France, la convocation des Etats-généraux par Louis XVI en 1789 avait eu pour but de réaliser une réforme de la fiscalité.

³⁶ Au sujet de la règle de l'unanimité, voir « Stratégie de politique fiscale de l'UE », sur le site de la Commission européenne : http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/gen_info/tax_policy/index_fr.htm

4.9. FBAR/FATCA sous l'angle des accords internationaux

L'article 1 alinéa 2 de la Convention contre les doubles impositions conclue le 2 octobre 1996 entre la Suisse et les Etats-Unis³⁷ contient une clause « d'exception » qui l'autorise à taxer ses propres citoyens, ainsi que d'anciens citoyens, comme si la Convention n'existait pas³⁸.

C'est cette disposition qui sous-tend l'efficacité du dispositif FBAR/FATCA en Suisse.

Sans attendre un passage éventuel du système fiscal américain vers la taxation à la résidence (voir par. 2.11), **un objectif de négociations futures entre la Suisse et les Etats-Unis devrait être d'abolir cette clause.**

En aucun cas la Suisse ne devrait accepter de l'élargir.

4.10. Conclusion : le référendum contre FATCA en Suisse

Face à l'extrême lenteur du processus international d'acceptation de FATCA, pourquoi la Suisse devrait-elle faire d'empressement, face à une Loi FATCA si problématique en soi et dont la ratification par les pays de l'Union européenne risque de présenter de gros obstacles ? FATCA a été accepté par le Parlement en date du 23 septembre 2013.

Le peuple suisse est la « troisième ligne de défense » démocratique. Son avantage est qu'il est peu sensible aux menaces et aux chantages.

Un référendum serait considéré bienvenu par les citoyens ; beaucoup le signeraient volontiers. Il aurait pour effet de créer un débat national et public sur les questions de la démocratie, des droits fondamentaux et de la souveraineté nationale.

Il faudrait en particulier examiner soigneusement **le risque que FBAR/FATCA porte atteinte aux capitaux de prévoyance de Swiss Persons.**

Ce serait aussi un message populaire à tout la classe politique qu'on ne peut pas accepter aveuglément des lois dont les **conséquences pour les droits fondamentaux** sont trop importantes pour être traitées superficiellement. Il en va de **la crédibilité des institutions de notre pays.**

4.11. Un référendum renforcerait la position de la Suisse en Europe et dans le monde

Quelles seraient les conséquences au niveau international du délai référendaire ? FATCA étant censé entrer en vigueur au 1^{er} juillet 2014, nous sommes dans les temps.

³⁷ Convention entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu conclue le 2 octobre 1996, 0.672.933.61

³⁸ « Dans la mesure où le par. 3 du présent article ne s'applique pas, les Etats-Unis peuvent imposer, nonobstant toute autre disposition de la présente Convention, une personne qui est considérée comme un résident selon leur législation fiscale - à l'exception d'une personne qui est un résident de Suisse conformément aux par. 3 et 4 de l'article 4 (Résident) - ainsi que leurs citoyens (y compris d'anciens citoyens) comme si la Convention n'était pas entrée en vigueur. » Ibid, Art. 1, al. 2.

Sans compromettre la position du pays (s'agissant d'une *due diligence* du Parlement pour la protection des droits fondamentaux de Swiss Persons), il est possible qu'un référendum influence l'agenda international de FATCA.

Si le peuple suisse votait sur FATCA, aucun Etat démocratique ne pourrait s'y opposer.

Si le peuple suisse refusait FATCA, ni l'OCDE, ni l'Union européenne et encore moins les Etats-Unis d'Amérique ne pourraient critiquer cette décision. C'est un consensus international qu'il faut **respecter l'auto-détermination d'un peuple qui s'est rendu aux urnes.**

Le refus de FATCA dans les urnes, serait une nouvelle déclaration de souveraineté de la Suisse, avec des effets bénéfiques à long terme sur la scène internationale.

4.12. Conclusion

En refusant FATCA dans les urnes, le **peuple suisse** :

1. Rejetterait FBAR/FATCA, un **système immoral et anti-démocratique**, proposé illégitimement par une administration étrangère.
2. Préservait la **crédibilité de ses institutions**, fondement d'une **place financière forte**.
3. Donnerait un **exemple de souveraineté populaire pouvant faire école dans le monde**. Elle se comporterait comme un **pays européen responsable**.
4. Créerait de **nouvelles conditions favorables pour un dialogue constructif avec l'Union européenne, ainsi que les Etats membres**.
5. Générerait de la **reconnaissance et du respect de la part des pays européens**, qui subissent actuellement le même dilemme que la Suisse.